

从公议到公断： 清末民初 商事公断制度研究

张松 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受教育部人文社会科学研究一般项目（11YJC820168）
“从公议到公断：清末民初的商事公断制度研究”的资助

从公议到公断： 清末民初 商事公断制度研究

张松 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

从公议到公断:清末民初商事公断制度研究/张松
著. —北京:法律出版社, 2016. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9972 - 9

I. ①从… II. ①张… III. ①商事仲裁—研究—中国
—近代 IV. ①D925. 7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 217906 号

从公议到公断:清末民初商事公断制度研究

张 松 著

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 解 钊
责任编辑 解 钊
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17.5
字数 242 千
版本 2016 年 10 月第 1 版
印次 2016 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9972 - 9

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

清末民初,是中国近代史上的一个特殊时期。社会转型,制度变革,经济结构解体与重构,思想文化除旧布新等,都在这一时期交错上演,为此后的历史发展奠定了基调。

在商业领域,国家政策由“重农抑商”转而“重商扶商”,而就社会地位而言,商人脱离“四民之末”,社会地位提升。无论是国家商业政策的调整,还是商业组织的重建,虽不乏疾风骤雨,但也不无理性自觉。以商会为例,其创设带有明显的“政治功利”色彩——“振商护商”,与外商争利,但其基础仍是行帮会馆。虽有国家法规明确了商会权责职能,规范了商会行为,但商事习惯仍主导着其思想和实践。这种中西交融、新旧纠葛在一起的景况,不仅维持了商业秩序,也稳定了商业经济的发展,更赋予了清末民初商事法律制度的“中国特色”。张松的《从公议到公断:清末民初的商事公断制度研究》一书以商会商事公断制度为中心,深刻细致地描述了其渊源流变、制度建构与运行,凸显了“中国”特点和时代特色。

本书系统考察了中国传统的商事解纷形式“公议”与近代欧洲商事解纷形式“商事裁判”的历史发展与功能异同,认为清末民初商事公断机构具有亦官亦民、亦新亦旧、亦中亦西的特点。作者从国家和地方两个层面考察商事公断制度的建构,分析商事公断制度的演进,比较各地商事公断制度的异同之处,认为清末民初的商事公断制度呈现出既统一又分立的发展趋势,国

家和地方在制度建构过程中有目标差异,制度与实践之间存在一定程度的背离。作者提出,商事公断制度在清末民初的商业发展中起到了一定的积极作用,其原因有经济成本的考量、心理上的亲近、结案效率高等。作者结合商会的复杂性构成、近代中国的社会环境及大转型的社会形势,分析了商事公断制度的法律性质和法律地位,并认为国家与社会之间的权力博弈,最终造就一个既有调解特点,又有仲裁形式,同时兼具司法审判风格的商事公断制度,成为一个存在于三者之外的“第四制度”,“准司法”特征鲜明。上述结论观点是作者在史实考察和理论分析的基础上得出的,虽然是一己之见,仍有需要深化和完善之处,但相较于既往研究,其创新性颇为明显,在学术上填补了相关领域的研究空白,具有较为重要的学术价值。

商业发展与纠纷解决,既涉及制度建构,也涉及主流价值观调整。在清末民初制度变革、社会转型期,价值观冲突尤甚。期望作者在本主题的后续研究中,能够从民众心理状态、社会价值导向角度做进一步的分析与论述。

朱 勇
2016.9

目 录

序 001

导 言 001

一、学术史的回顾 001

二、相关概念及研究时限界定 008

三、基本研究思路和方法、资料与内容介绍 011

第一章 商事解纷形式的历史嬗替 014

一、传统商事解纷形式——公议 015

二、欧洲商事解纷形式——商事裁判 022

三、近代中国商事解纷形式——公断 029

四、解纷形式近代嬗变之原因 033

五、小结 037

第二章 商事公断处的沿革、组成与权限 039

一、历史沿革 040

二、人员组成 051

三、职能权限 067

四、小结 080

第三章 商事公断制度的建构 082

一、国家层面的商事公断制度建构 083

二、地方层面的商事公断制度建构 097

三、小结 123

第四章 商事公断制度的实践与成效 126

一、商会受理商事纠纷情况分析 127

二、商事公断的程序和依据 142

三、商事公断书的考察比较 166

四、商事公断制度的成效及其原因 176

五、小结 194

第五章 商事公断制度的法律性质与法律地位 196

一、商事公断制度的法律属性分析 196

二、商事公断制度的法律地位分析 209

三、小结 214

第六章 商会与政府的法律博弈及商人法律意识的变迁 215

一、商会与政府的法律博弈 215

二、商人法律意识的变迁——以商界媒体为中心的考察 231

三、小结 238

结语：纠纷、制度与秩序——商事公断制度的历史结局及其意义 241

一、商事公断制度的历史结局——南京国民政府时期的 商事公断制度 241

二、经济变迁、社会变动与秩序破坏 244

三、权力结构变动与制度重建 248

四、制度变迁的路径依赖 251

五、近代商事公断制度的历史意义 253

参考文献 257

导 言

本书以商事立法制度为切入口着重考察商会在近代中国“世变之亟”中,是如何与政府博弈,发挥其有关解纷职能的?其具体的解纷机制如何构成?又是如何运行的?有着怎样的历史意义?

一、学术史的回顾

自20世纪80年代开始,在章开沅等老一辈历史学者的倡导下,商会史的研究蓬勃开展,呈现出一派繁荣景象。20世纪80年代初,学者们的关注点尚在史实的梳理、商会的性质界定以及商会的政治活动等方面,20世纪90年代以后,研究者的目光逐渐下移,开始关注商会的自治活动、中介职能、社会参与等。^{〔1〕}商会调处商事纠纷的司法职能也逐渐为学界所重视。

在早期的商会史研究中,历史学者几乎垄断了所有成果产出,法史学者受专业壁垒所限,对近代商会调处商事纠纷的行为甚少关注。近10年来,这

〔1〕 商会史的研究参见朱英:“商会史研究如何取得新突破”,载《浙江学刊》2005年第6期;虞和平:“近八年之商会史研究”,载《中国社会经济史研究》1995年第4期;冯筱才:“中国商会史研究之回顾与反思”,载《历史研究》2001年第5期;“最近商会史研究之刍见”,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2006年第5期;马敏、付海晏:“近20年来的中国商会史研究(1990~2009)”,载《近代史研究》2010年第2期;马敏:“商会史研究与新史学的范式转换”,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2003年第5期;应莉雅:“近十年来国内商会史研究的突破与反思”,载《中国社会经济史研究》2004年第3期;葛宝森、李昌:“中国商会史研究新进展述评”,《理论月刊》2011年第2期等。

种局面才被打破,以商会调处商事纠纷为对象的研究逐渐增多。

(一)关于商会在商事纠纷解决中的作用

历史学者比较早地注意到商会在商事调解中的重要作用,朱英、马敏、任云兰、宋美云、范金民、虞和平、郑成林、付海晏、台湾地区学者邱澎生、美国学者 Madeleine Zelin(曾小萍)与罗威廉等学者们普遍认同商会对于商事纠纷解决、资本主义工商业的发展、商业秩序维护等起到了积极作用,^[1]但对作用的评价和走向,学者们有不同见解。朱英教授提醒人们需要对其进行客观评价,认识到其局限性;^[2]邱澎生认为从清代前期到晚清时期,商人团体组织在纠纷调处中的影响作用有弱化的态势;^[3]范金民则认为商会的理案职能是有限的,商会理处商事纠纷和商业诉讼的权限和成效,取决于晚清商事诉讼的法律环境。^[4]郑成林认为清末民促商事仲裁的作用超越了个案审判的功利视野,负载着深重的社会使命,是社会治理和规范的一个重要手段,是社会资源配置的一种重要方式,是商事主体民主权力实现的一项重要保障。^[5] Madeleine Zelin(曾小萍)认为作为纠纷调停的正式组织,商会虽然不能取代行会和家族等民事纠纷解决非正式途径,但它却为本族、本籍和本会间的争

[1] 马敏、朱英著:《传统与近代的二重变奏:晚清苏州商会的个案研究》,巴蜀书社1993年版,第201~213页;马敏、朱英著《辛亥革命时期苏州商会研究》,华中师范大学出版社2011年版,第156~166页;任云兰:“论近代中国商会的商事仲裁功能”,载《中国经济史研究》1995年第4期;宋美云:“中国近代经济社会的中介组织——天津商会(1912~1927)”,载《天津社会科学》1999年第1期;虞和平:“论刘揆一的工商活动”,载《湖南师范大学社会科学学报》1985年第5期;“清末民初商会的商事仲裁制度建设”,载《学术月刊》2004年第4期;付海晏:“民初商事公断处——商事裁判与调处——以苏州商事公断处为个案研究”,华中师范大学2001年硕士学位论文;付海晏:“民初苏州商事公断处研究”,载《近代史学刊》2001年第1辑,华中师范大学出版社2001年版,第70~96页;付海晏:“清末民初商事裁判组织的演变”,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2002年第2期;付海晏:“民初商会舆论的表达与实践——立足于商事裁判权的历史研究”,载《开放时代》2002年第5期;陶水木、郎丽华:“略论民国后期杭州商会的商事公断”,载《商业经济与管理》2003年第11期。

[2] 朱英著:《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》,华中师范大学出版社1997年版,第345页;“清末苏州商会调解述论”,载《华中师范大学学报》1993年第1期。

[3] 邱澎生:《当法律遇上经济:明清中国的商业法律》,台北,五南图书出版有限公司2008年版;“禁止把持与保护专利:试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案”,载《中外法学》2000年第3期。

[4] 范金民:《明清商事纠纷与商业诉讼》,南京大学出版社2007年版。

[5] 郑成林:“近代中国商事仲裁制度演进的历史轨迹”,载《中州学刊》2002年第6期;“清末民初商事仲裁制度的演进及其社会功能”,载《天津社会科学》2003年第2期。

论者提供了一个中立的论辩场所,从而促进了纠纷的解决。〔1〕 罗威廉教授认为同业组织有时组织开展的联合抵制为已经进行了一段时间的、旨在建立一个有严格规章与仲裁力的同业行会的运动提供了决定性的推动作用,成为维持商业秩序的重要手段。〔2〕

法学界也普遍认同商会在商事纠纷解决中的积极作用,但视角有所不同。刘红娟认为商事仲裁的功能主要是高效地解决内部纠纷,使商人或生产厂家都能遵守行业或商业规则,引导商界诚信、守规,其迅速理结大量纠纷、避免发生一些重大危机的作用是不可忽视的,也是不可或缺的。〔3〕 王兰认为商会纠纷解决发挥了社会主体的自主与自治作用,强调利益妥协性的合意,用共同体的自治补充国家公力救济的调整不足,展现了在私权勃兴的现代社会对于公权的一种控制和限缩。〔4〕

(二)关于商会裁判行为的性质

关于商会裁判行为的性质,历史学界的意见并不一致。朱英教授认为是独立的司法活动;马敏教授认为其具有某种民间法庭的性质,至少在组织形式和程序上更为接近商事仲裁制度,本质上属于诉讼程序之外的民间调处;任云兰、宋美云、虞和平、郑成林等则认为其属于仲裁,范金民则倾向于民间调解。〔5〕

法学界的意见也不完全相同。王兰认为传统商会纠纷解决机制是一种关系密集群体之纠纷解决机制,从严格意义上来区分的话,仍处于调解的层

〔1〕 Madeleine Zelin, "Merchant Dispute Mediation in Twentieth— Century, Zi gong, Si-chuan", in Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang (eds.), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994; *The Merchant of Zigong: Industrial Entrepreneurship in Early Modern China*, Columbia University Press, 2005.

〔2〕 [美]罗威廉著:《汉口:一个中国城市的商业和社会》,江溶、鲁西奇译,中国人民大学出版社2005年版;《汉口:一个中国城市的冲突和社区(1796~1895)》,鲁西奇、罗杜芳译,马钊、萧致治审校,中国人民大学出版社2008年版。

〔3〕 刘红娟:“近代中国商会商事公断处职能研究的启示”,载《社会科学战线》2006年第3期。

〔4〕 王兰:“中国传统商会纠纷解决机制之功能分析——以调解为视角”,载《仲裁研究》2007年第2期。

〔5〕 学者们观点来源具体参见前揭相关文献,在此不赘。

面;^[1]常健、谈萧认为商会裁判制度在法律属性上应为仲裁;^[2]张启耀、黄红莲认为不能把它看作单纯的民间调处或是单纯的司法审判,而应该把它看作具有一定特殊性的准司法的职能;^[3]王红梅认为清末商会理案与是经过国家授权获得的专属商事纠纷司法权,民国商事公断处则是仲裁权;^[4]刘承涛认为近代苏沪两地商会理处商事纠纷的性质本质并不是调解、仲裁,而应该是“商人法庭”,因为商事理案具备法庭所需要的规范程序和“强制力”。^[5]

(三)关于商会裁判的行为特点

学者们还对商会裁判的行为特点进行了分析。朱英教授认为商会调处商事纠纷行为具有与官府断案截然不同的特点:首先,破除了匍匐公堂、刑讯逼供的衙门积习,主要采取倾听原告与被告双方相互申辩,以及深入调查研究、弄清事实的办法予以调解;其次,商会很大程度上只是在纠纷双方充当居间调停的角色,而不是作最后的仲裁性判决,因而属于不完全的司法职能。^[6]马敏教授认为,商会理案继承了清代民事审判的传统,加之近代法制不健全,致使商会理案过分强调公允、折中、调和的传统伦理道德,漠视了法的准确性和权威性。因此,组织形式、理案程序受西方法制影响明显,但理案依据和原则仍是传统的行会规章、经商管理,以及传统的伦理道德规范,并不具备西方的法律意识,也基本不引法律条文,而是“研究情节,秉公判断”。这种双重性质,反映了近代中国社会转折过渡,方新方旧的内在特性。^[7]张启耀、黄红莲也持与马敏教授同样的观点,但更为激进,认为其使法治失去了

[1] 王兰:“中国传统商会纠纷解决机制之功能分析——以调解为视角”,载《仲裁研究》2007年第2期。

[2] 常健:“清末民初商会裁判制度:法律形成与特点解析”,载《华东政法大学学报》2008年第5期;谈萧:“近代中国商会惩戒规则与纠纷解决之研究”,载《社团管理研究》2011年第4期;“制度变迁中的自治秩序——以近代以来中国商会自治规则为例”,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2009年第6期。

[3] 张启耀、黄红莲:“晚清商会经济纠纷调理权再探讨”,载《求是学刊》2008年第3期。

[4] 王红梅:“清末商会商事纠纷调处的规范化”,载《盐城工学院学报》(社会科学版)2009年第1期;王红梅著:《商会与中国法制近代化》,南京师范大学出版社2011年版。

[5] 刘承涛:“近代中国商会理案制度研究——以苏沪两地为中心(1902~1927)”,华东政法大学2012年博士学位论文。

[6] 朱英:“清末苏州商会调解述论”,载《华中师范大学学报》1993年第1期。

[7] 马敏:“商事裁判与商会——论晚清苏州商事纠纷的调处”,载《历史研究》1996年第1期。

它本应有的理性、威严的面目。^{〔1〕} 常健同样认为清末民初的商会裁判制度具有传统与现代的双重性格,是官方正式司法的辅助与补充,成为社会治理与规范的重要手段。^{〔2〕} 王彬、张晓萍认为在近代法制转型和社会转型的大背景下,天津的商会裁判体现出近代中国国家和社会关系的演变、传统与现代的碰撞,因而具有国家强制与社会自治、形式理性与实质理性交相互动的悖论特征。^{〔3〕} 应该说,学者们的分析和归纳是符合事实的,但商会的商事裁判行为是否就损害了法律的权威和确定性,影响了法治化的进程,却是值得商榷的。

(四)关于商事公断处

关于商事公断处,学者们也进行了较多研究。任云兰考察了近代中国商会商事仲裁功能的缘起和沿革,认为商事仲裁功能的强弱,一是与政府给予商会的政治司法权力的大小有关;二是与当时政府权力强弱和法制健全的程度有关。^{〔4〕} 虞和平认为,民初商事公断处是合法和普遍的商办商案仲裁机构,经过了无专职机构,到商会自设专职机构,再到依法设立专职机构的三个阶段。^{〔5〕} 郑成林认为,由评议处至裁判所,再到公断处的建立,商事仲裁组织经历了一个由小到大,由非正规到正规的发展过程。^{〔6〕} 付海晏认为,商事公断处是民初司法现代性变革中可利用的一种本土资源,商事公断处的成立及有效运作反映了现代性变革中正式司法组织对既有社会本土资源的吸纳,无论是在舆论表达本身还是在商事公断处的实际运作中,商事公断处的司法辅助地位乃是非常明确的,这表明在纠纷的处理中却很大程度上体现了双方之间的合作。^{〔7〕} 邱岳认为,在纠纷的实际处理方面,纠纷解决程序运作机制

〔1〕 张启耀、黄红莲:“晚清商会经济纠纷调理权再探讨”,载《求是学刊》2008年第3期。

〔2〕 常健:“清末民初商会裁判制度:法律形成与特点解析”,载《华东政法大学学报》2008年第5期。

〔3〕 王彬、张晓萍:“社会转型中的商会裁判——以清末民初的天津商会为分析对象”,载《甘肃政法学院学报》2012年第5期。

〔4〕 伍云兰:“论近代中国商会的商事仲裁功能”,载《中国经济史研究》1995年第4期。

〔5〕 虞和平:“清末民初商会的商事仲裁制度建设”,载《学术月刊》2004年第4期。

〔6〕 郑成林:“近代中国商事仲裁制度演进的历史轨迹”,载《中州学刊》2002年第6期。

〔7〕 付海晏:“民初苏州商事公断处研究”,载《近代史学刊》2001年第1辑,华中师范大学出版社2001年版,第70~96页。

呈现出了一种复杂性态势,国家司法的公力救济和以商会、行会、帮会为代表的私力救济结合在一起。^{〔1〕}王红梅以苏州、上海、京师、云南等商事公断处的理案概况为材料,分析了民初商事公断处的运作情况。^{〔2〕}

还有其他学者对清末民初的商事公断做了进一步学理探讨,如王彬、张晓萍基于法制现代化的视角探讨了社会转型中的商会裁判,认为近代中国商会裁判最终未能发展出类似如西方的法治秩序,根本原因在于近代中国的商事法律并未完全成为高度分化的社会自治系统。^{〔3〕}谈萧则基于自治的理论视角,认为从清末到民初,注重商事习惯运用的公断实践体现了其对中国语境的回应,这种回应型的制度变迁显然比压制型的制度移植更能产生实效,近代以来中国商会的自治活动为民间社会由集权走向分权,由善政走向善治,提供了制度变迁契机,为转型中国社会治理提供了可资利用的制度资源。^{〔4〕}王志华也认为商会商事公断的法律化,一方面反映了现代性变革与现实社会冲突下法律治理手段的多元化;另一方面也反映了民国初年政府对商事习惯的承认,国家制定法与习惯法有互相依存、互相支持、互相契合的一面。^{〔5〕}

英国学者 S. 斯普林克尔认为,商人会馆作为与当地居民判然有别的机构,被认为对其成员的行为负有责任,不仅有正式规章,还有专门机构,倘若商会成员不服行规,或彼此之间产生纠纷,会馆就自行组成法庭,予以审理,明确禁止在没有先送会馆法庭进行裁决的情况下擅自告官;商会还拥有一些强制措施,如罚花钱设宴或请戏班唱大戏或除名等,强制其成员服从行规。

〔1〕 邱岳:“近代行业纠纷解决机制理论探微——以自贡盐业纠纷解决机制为例”,载《四川理工学院学报》(社会科学版)2010年第5期。

〔2〕 王红梅:“清末商会商事纠纷调处的规范化”,载《盐城工学院学报》(社会科学版)2009年第1期。

〔3〕 王彬、张晓萍:“社会转型中的商会裁判——以清末民初的天津商会为分析对象”,载《甘肃政法学院学报》2012年第5期。

〔4〕 谈萧:“近代中国商会惩戒规则与纠纷解决之研究”,载《社团管理研究》2011年第4期;“制度变迁中的自治秩序——以近代以来中国商会自治规则为例”,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2009年第6期。

〔5〕 王志华:“民国初年商会商事公断研究——以上海总商会商事公断处为例”,复旦大学2005年硕士学位论文。

因此,行会裁判机构或许可被认为是官府的辅助机构,是审判机构等级系列中的一部分。^[1]

还有一些学者在华洋商事纠纷研究中,注意到商会和华商同业公会的重要作用,它们或直接出面处理华洋商事纠纷,或通过官府的要求下参加调解、为华洋商事诉讼案件的判决提供意见、代替商人申诉等途径,与官方系统形成有益的互动。^[2]

近年来还有一些以商会为研究对象的博硕士学位论文对商会的纠纷调处活动有所涉及,例如赵婷对民国时期商事公断制度的研究、孟慧敏对民初奉天商事公断处的研究、时攀对云南总商会商事公断机制的研究、杨崇艺对清末民初商事公断法律问题的研究等,^[3]但缺乏突破之功,更多的是对前述有关观点的细化和证实,但对本书研究仍有参考价值。

综上所述,目前相关研究比较深入,然而就清末民初的商事公断制度而言,仍存在如下不足:

首先,上述研究缺乏历时性和共时性的考察比较,大都局限于一地一时,就事论事,或限于清末时期苏州、天津的商会理案及商事纠纷,较少触及民国与国内其他地区,没有对近代中国的商事公断制度进行总体分析与比较研究,未揭示出各地区间的差异性与共性,也未从纵向上考察商事公断制度的渊源流变。

其次,关于商事公断的法律属性问题,有的视其为商会的独立司法活动,有认为其本质上属于诉讼程序之外的民间调处,有认为属于仲裁,有认为是调解,有认为是商人法庭,非此即彼,比较混乱,未能从历史根源和法理上去

[1] [英]S. 斯普林克尔著:《清代法制导论——从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社2000年版,第111~120页。

[2] 蔡晓荣:《晚清华洋商事纠纷之研究》,中华书局2013年版;“论清末商会对华洋商事纠纷的司法参预”,载《学术探索》2006年第1期;宋钻友:“华商同业公会豫中外商业关系的调处”,载朱英、郑成林主编:《商会与近代中国》,华中师范大学出版社2005年版。

[3] 赵婷:“民国时期的商事公断制度”,江西财经大学2008年硕士学位论文;孟慧敏:“民初奉天商事公断处研究”,辽宁大学2012年硕士学位论文;时攀:“近代云南总商会商事公断机制探析”,云南大学2011年硕士学位论文;杨崇艺:“清末民初商事公断处法律问题研究”,华南师范大学2012年硕士学位论文。

分析归纳以凸显其“准司法”的混合型法律属性,不利于对近代中国商事公断制度的进一步研究。

最后,上述研究多是基于商会角度的观察,或是商会史的附带研究,未触及商事公断制度本身,商事公断制度的法律架构及具体运作等显得比较单薄。正如马敏先生所言,“商会档案中包括大量的商事纠纷档案,虽然已有学者对之进行了初步的研究,但总的来讲不够充分。在学界对苏州、杭州等地商事公断处已有初步研究的基础上,我们应当发掘资料,结合上海、北京等商事公断处的资料,进一步探讨这类组织在商事调解和审理中所扮演的角色。此外,我们应当放宽研究视野,注意包括在华洋商会、海外华商会在内的近代中国商会在华洋商事纠纷中的角色,并由此完整认识与理解近代各项经济法规实施的实际效果,以及官方正式司法审判制度之外的体制外运作”。^{〔1〕}

本书尝试基于法学的立场,从动态与静态、变量与常量的角度对清末民初商事公断制度进行系统考察分析。首先,商事公断制度是东西方法律文化传统与社会现实相结合的产物,其建设路径和经验对建构中国特色的商会法律制度、探索商会自治有着重要参考价值。其次,商事纠纷的解决始终是法学界和司法界的一大关注点,对清末民初的商事公断制度深入研究,可以为推动和完善当下的商事司法制度改革提供历史借鉴。最后,结合近代的社会历史背景,采取跨学科的交叉研究范式,运用多学科的分析方法,对商事公断制度进行系统全面的研究,在一定程度上可以拓展近代商法史、商会史和司法制度史研究。

二、相关概念及研究时限界定

商事、公断等是本书的基本概念,公断在后面第一章中有专门论述,在这里主要对商事以及与其相关的商人、商业等概念加以分析。

商业源自人类社会生活中的物物交换,这已是学界共识。在《左传》、

〔1〕 马敏、付海晏:“近20年来的中国商会史研究(1990~2009)”,载《近代史研究》2010年第2期。

《商君书》、《战国策》等早期文献中,均将“商”解释为买卖货物求利的人。可见,在中国古代文化中,“商人”与“商”的概念几乎是重合的,凡是与商人有关的活动或社会现象均可被纳入“商”的范畴。^[1]《辞源》中对“商”和“商人”的解释分别是,“商”有九种含义,其中“贩卖货物的人”无疑契合本研究主旨;“商人”则是指“买卖货物求利的人”。^[2]从定义上看,“商”和“商人”略有区别,前者外延较后者广。《汉书》中有“鬻财通货曰商”之说,《白虎通》亦云:“商其远近,度其有无,通四方之物,故为之商。”可见,与商人和商业有关的活动和现象均可被视为“商事”。当然,中国古代文化中诸如此类的解释无疑都是基于经济或文化视角而做出的,并未包含法律意义,真正赋予“商”以法律内涵则是从近代开始的。

按诸近代商事法理论,商事法可以从形式与实质、广义与狭义四个方面去分说。所谓形式的商事法,是指商法法典别于民法法典而于私法中自成一系统,亦即民商分立;实质的商事法是指有关商事之法规而言,虽无独立之商法典,但有关商事法规散见于民法及其特别法中;广义的商事法不仅包括关于私人间商事上之法规,即国家与国家间所有涉及商事上之法规条约,亦在其范围之内;狭义的商事法则专指私法的商事而言,而将国际商事法除外。^[3]因此,对于本书中所言的商业、商人、商事,无疑要将其置于“狭义的商事法”语境中加以理解,不能全然以纯粹的今日眼光去看待。

《清稗类钞》中有记载,谓“商业,商人营利之业务也。凡买卖业,赁贷业,制造业或加工业,供给电气、煤气或自来水业,出版业,印刷业,兑换金钱业或贷金业,担承信托业,作业或劳务之承揽业,设场屋以集客之业,堆栈业,保险业,运送业,承揽运送业,牙行业,居间业,皆是也”。^[4]民国时期的《商人通例》则罗列了商业种类,共计17种,即“一买卖业,二赁贷业,三制造业或加工业,四供给电气煤气或自来水业,五出版业,六印刷业,七银行业兑换金

[1] 范金民著:《明清商事纠纷与商业诉讼》,南京大学出版社2007年版,第3页。

[2] 《辞源》(上册),商务印书馆2010年版,第570页。

[3] 刘朗泉著:《中国商事法》,商务印书馆2011年版,第40页。

[4] 徐珂编撰:《清稗类钞》(第5册),中华书局2010年版,第2277~2278页。